

# 中国在非投资的法律需求：境外投资立法

韩秀丽

**摘要：**中国在非投资发展迅速，面临的挑战和问题也日益突出，需要关注和应对。在法律层面，除了遵循东道国现有法律，中国投资主体迫切期待中国出台相应的立法，缔结必要的国际条约，便利、促进、保护和管理在非投资的可持续发展。

**关键词：**中国在非投资 境外投资 立法

## 一、中国在非投资的现实图景

20世纪90年代末，随着中国经济的快速发展，中国在非投资开始活跃。2003年至2014年，中国在非投资增长迅速。2017年，中国政府加强了对境外投资的审查和监管，中国境外投资整体下降，即使在这一背景下，中国在非投资仍然同比增长了70.8%。尽管增长令人瞩目，但中国在非投资总量仍排在主要发达国家之后。截至2017年，世界各国在非投资存量排名情况是：法国依然是非洲的第一大投资国，这是基于历史联系及生产碳氢化合物的巨大投资等原因；荷兰在非投资排名第二；美国和英国在非投资存量由于撤资及投资利润汇回的原因，过去4年都有所下降，但仍居第三位和第四位；中国的投资存量排名则在这些国家之后列第五。综上所述，虽然中国在非投资增长迅速，作为后来者成绩斐然，但发达国家仍是在非投资的主角。

尽管中国在非投资总量排在主要发达国家之后，但美国等发达国家仍将中国视为强大的竞争对

手。中国给非洲东道国带来了巨大发展却经常要面对不真实的负面报道。中国投资主体和在非投资项目面临的问题和挑战，需要得到东道国和母国的共同关注和解决。

## 二、中国境外投资立法的现实与差距

中国境外投资立法即中国作为母国对境内投资主体及境外投资企业，就其境外投资的一系列行为进行的立法，包括国内立法和国际立法。

中国境外投资的现有国内立法主要有部门规章和规范性文件。如《企业境外投资管理办法》《境外投资管理办法》《境外投资项目核准和备案管理办法》《关于进一步引导和规范境外投资方向的指导意见》《境内机构境外直接投资外汇管理规定》《企业境外经营合规管理指引》《对外投资合作环境保护指南》等。

这些部门规章和规范性文件对中国境外投资发挥了重要的推进和指引作用，尤其是在境内投资主体“准出”环节发挥了重要的规制作用。但因其政

收稿日期：2019-8-16

作者简介：韩秀丽，厦门大学法学院教授、博士生导师、法学博士。

本文系国家社科基金重点项目“国际法理念下中国在非投资的法律保护机制研究”（15AFX024）和福建省社科规划特别委托一般项目“‘一带一路’建设下非洲区域经济一体化中的投资法律问题研究”（FJ2018TWFB03）的阶段性成果。

策导向偏向于管制，在投资保护、便利和促进作用上相对不足。又因具有碎片化及法出多门的问题，这些规章和规范性文件甚至互相冲突，给境内投资主体和境外投资企业增加了守法成本。例如，在什么是境外投资这一立法起点问题上，现行2017年国家发展改革委发布的《企业境外投资管理办法》和2014年商务部发布的《境外投资管理办法》界定就不一致。前者的界定非常广，包括境内非金融企业和金融企业的境外投资，后者则仅包括非金融类境外投资；二者对禁止类境外投资、敏感类境外投资范围的规定也不尽相同。另外，两部规章对敏感类境外投资和允许类境外投资的核准和备案列出了不同的程序和条件，虽然侧重点不同，但相关境内投资主体进行境外投资时需要同时遵守这两套不同的程序和条件，分别向两个机构申请核准和备案，这无疑给境内投资主体的投资行为带来了不便。

境外投资的国际立法主要是国际投资协定，包括双边投资条约、包含投资条款的自由贸易协定，广义的国际投资协定还包括避免双重征税协定。我国与非洲国家没有签订自由贸易协定，虽然投资几乎遍布非洲54个国家，但只与18个国家签订了双边投资条约。<sup>①</sup>由于这些条约大多都签订于上世纪九十年代，对保护投资者在非投资的作用有限。近年来涉及中国投资者（包括中国香港和中国澳门的投资者）诉外国政府的5个案件已经充分证明了这一点。<sup>②</sup>分析存在的问题主要是仲裁庭对有关征收补偿之外的其他问题没有管辖权。另外，对于征收补偿的前提，即对东道国的征收责任问题是否有管辖权，仲裁庭的裁决也不一致。而在避免双重征税协定方面，同样存在有效协定数量不足，及已有协定具有滞后性的问题，不能满足中国在非投资的现

实需求。<sup>③</sup>

综观发达国家的实践，虽然没有对境外投资的统一立法，但都有完备的政策、法律文件和组织制度。根据发达国家的经验，境外投资的政策和法律包括：提供信息、融资、财政优惠，政治风险保险，国际投资协定保护，避免双重征税条约，官方发展援助等，通过这些相关政策、法律条约来促进、支持、鼓励和保护投资者的境外投资活动。

因此，中国投资主体迫切期待出台一部统一的境外投资立法，协调中国境外投资各方面的问题。2017年国家发展改革委员会第11号令就提出了拟推出《境外投资条例》的愿景，出现了推出境外投资统一立法的取向。

### 三、中国境外投资立法展望

境外投资立法是一项系统工程，包括国内法和国际法。在国内法方面，尤其要注意以下两种情况：

第一，在国内法的立法逻辑和具体内容上，期待未来有一部单行立法——《境外投资法》，其应与我国的《外商投资法》及国际投资条约接轨，也采用便利、促进、保护和管理的规范逻辑，并且以此来协调碎片化的现有法规、规章和规范性文件，清理、修改废除相冲突的法律规定。尤其要明确管理机构之间的职责分工，以免重叠或遗漏。而且，作为行政法性质的法律，不仅要明确行政相对人的法律责任，还要明确行政机构的法律责任。

另外，对于可适用于境外投资的其他现有立法，例如《反不正当竞争法》和《反垄断法》，可以通过链接的形式在《境外投资法》中加以提及，明确其适用于中国境外投资项目和企业之间的竞

① 资料来源：<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>。

② 资料来源：<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/42/china/investor>。

③ 杨既福、温融：《论“一带一路”建设中国际税收协定的滞后性及其克服》，《山东社会科学》2017年第11期。

争。现有《反垄断法》第2条明确规定：“……中华人民共和国境外的垄断行为，对境内市场竞争产生排除、限制影响的，适用本法”，但这并没有涵盖境外的垄断行为对境外市场竞争产生排除、限制影响这一情况。

第二，要明确《境外投资法》的域外适用性和域外效力。很多中国境内投资主体甚至政府官员认为，现有境外投资立法不能适用于境外，因为境外有东道国的立法，现有的投资法规、规章和规范性文件只能管到投资“准出”这个环节，这些立法在境外的适用渠道是通过公司章程起作用。实际上，这种理解并不正确。“只要规制的对象与寻求规制的国家之间有真正联系，习惯国际法允许行使立法管辖权。真正联系通常在于国家与被管辖的对象之间存在特定联系，诸如领土、效果、积极属人、消极属人或保护。在普遍管辖的情况下，真正联系在于各国阻止某些犯罪的普遍关切”。<sup>④</sup>因此，只要被管辖者与管辖者之间存在实质且真实的关系，则被管辖者的域外行为可以成为合法的管辖对象。对于中国境内投资主体的境外投资行为，中国法律当然有管辖权，而这种管辖尤其意味着规制和保护。甚至，对于中国境外的外国人，中国境外投资立法也可能有管辖权，美国等发达国家早已有这种立法实践，如美国的《反海外腐败法》对在美国境外的美国企业和外国企业行贿东道国政府官员都有管辖权。

对中国境外投资项目和企业进行管理的呼声也来自外界。他们想当然地认为，中国政府有义务对境外投资项目和企业进行规制。然而，根据习惯国际法，中国政府虽有这样做的权利却并没有这样做的义务。对境外投资行为的管辖只有在来自一国缔

结的条约有此要求时，才是国际法义务。例如，全国人大常委会批准了《联合国反腐败公约》之后，<sup>⑤</sup>我国在刑法中将贿赂外国公职人员的行为定罪，因为作为缔约国，按照公约的规定治理商业贿赂，不仅仅包括国内的也包括海外的商业贿赂。我国《刑法》第164条第2款规定，为谋取不正当商业利益，给予外国公职人员以财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯此罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员进行相应处罚。所以，在境外贿赂方面，是明显存在东道国和母国双罚制的，也是我国履行《联合国反腐败公约》的实践。

在国际法方面，很多在非投资企业并不知道双边投资条约的存在，甚至认为其没有实际意义，投资者不能去起诉东道国政府，出现问题时期待本国的使领馆出面通过外交途径帮助解决，认为这是最有效、最快捷的争端解决方式。但是，双边投资条约产生的最初目的就是发达国家的境外投资进行法律保护，以避免争端解决政治化，并在发达国家的境外投资保护中起到了重要作用，尤其是投资者-国家仲裁机制更是使双边投资条约成为“有牙齿的”法律。即使不愿通过仲裁方式解决与东道国之间的投资争端，双边投资条约本身的存在便构成了东道国的国际法义务，对东道国政府的行为形成约束力和威慑力。根据这些条约，东道国应给予外国投资者国民待遇、最惠国待遇、公平公正待遇、充分保护与安全等，双边投资条约中的保护伞条款甚至将东道国对投资者的合同义务上升为条约义务。近年来双边投资条约也有增加投资者义务的发展趋势，但大多是软性条款，这也有利于促进投资


<sup>④</sup> Restatement of the Law Fourth, the Foreign Relation Law of the United States: Selected Topics in Treaties, Jurisdiction, and Sovereign Immunity [M]. St. Paul, MN: American Law Institute Publishers, 2018.

<sup>⑤</sup> 参见《全国人大常委会关于批准〈联合国反腐败公约〉的决定》，2005年10月27日通过，2006年2月12日对我国生效。

者在东道国遵守法律义务及履行社会责任，真正获得可持续发展。

境外投资立法并不仅仅是中国面对的议题，在这方面存在激烈的立法竞争。2018年10月5日，美国总统特朗普正式签署《更佳利用投资引领发展法案》（Better Utilization of Investments Leading to Development Act，“BUILD法案”），并根据该法案设立官方机构——国际开发金融公司（International Development Finance Corporation，DFC），该公司将整合海外私人投资公司（OPIC）及美国国际开发署（USAID）的开发信贷机构（Development Credit Authority）的权能。这将开启美国开发性金融、促进海外投资的新时代。从法律的角度看，这显然是美国以立法的形式促进美国境外投资的发展，引导和推动美国境外投资的全球和区域战略布局。对于“BUILD法案”和DFC在美国境外投资方面可能发挥的作用，《世界投资报告》（2019年）预计其将极大促进未来美国对非投资的增长。

总之，在逆全球化及国家回归的时代背景下，我们一方面要强调国际法治的作用，为国际法治发展做出自己的贡献，引领国际法治的发展。另一方面，不能忽视和忘记发挥国内立法的重要作用，以

国内法影响国际法的发展。因为境外投资统一立法的实践在世界其他国家前所未见，所以可能会成为中国的独特实践，引领世界各国境外投资法治的发展。当然，最基本的还是发挥中国境外投资立法对境外投资的便利、促进、保护和管理作用，对于中国在非投资来说，这尤其重要。

### 参考文献：

- [1] Brownlie I. Principles of Public International Law [M]. Oxford : Oxford University Press, 2003.
- [2] Sauvant K P, Chen V. China's Regulatory Framework for Outward Foreign Direct Investment [J]. China Economic Journal, 2014.
- [3] Sauvant K P. A New Challenge for Emerging Markets: The Need to Develop an Outward FDI Policy [J]. Columbia FDI Perspectives on Topical Foreign Direct Investment Issues, 2017(203).
- [4] Yeophantong P, Maurin C. China and the Regulation of Outbound Investment: Toward a “Responsible Investment” Policy Framework [M]//Yearbook on International Investment Law & Policy 2014-2015. Oxford University Press, 2016.
- [5] The Build Act [EB/OL]. <https://www.opic.gov/build-act/overview>.
- [6] UNCTAD. World Investment Report 2019: Special Economic Zones [R]. 2019.
- [7] Xiuli Han. The Future of Bilateral Investment Treaties between China and Africa [J]. South African Yearbook of International Law, 2015(1).